DE
SUBSTITUTIONE QUASI PUPILLARI.

DISSERTATIO INAUGURALIS
QUAM
CONSENSU ET AUCTORITATE
ILLUSTRIS JURECONSULTORUM ORDINIS
IN
ALMA LITERARUM UNIVERSITATE
FRIDERICA GUILELMA
PRO
SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS
RITE CAPESSENDIS
DIE XXXI. M. JANUARII A. MDCCCLXVI.
H. L. Q. S.
PUBLICE DEFENDET
AUCTOR

OTTO VOGELSANG
GUESTPHALUS
CAMERAE REGIAE REFERENDARIUS.

ADVERSARIORUM PARTES SUSCIPIENT:
GUILELMUS LEWIS, JUR. UTR. DR. PRIV. DOCENS.
MAXIMILIANUS STAPPENBECK, CAM. REG. ASSESSOR.
RICHARDUS A BAUSSEN, CAM. REG. REFERENDARIUS.

BEROLINI
TYPIS EXPRESSIT GUSTAVUS SCHADE.

VIRIS

ILLUSTRISSIMIS OPTIMEQUE DE SE MERITIS

RUDOLFO JACOBS,

GYMNASII JOACHIMICI BEROLINENSIS PROFESSORI

ET

GUILELMO HOLLENBERG,

GYMNASII SARAEPONTANI DIRECTORI

HASCE

PRIMITIAS STUDIORUM SUORUM

PIO GRATOQUE ANIMO

OFFERT

AUCTOR.

§ 1.

INTRODUCTIO.

In quasi pupillari substitutione, si cum ceteris, quae in jure commemorantur substitutionibus comparamus, quamquam multa alia, tamen id consentaneum videmus, ut vox „substituere“ in hac eandem habeat vim, quam in illis. Nam cum in aliis, tum in hac substitutione agitur de institutione secundi in locum prioris heredis instituti remoti, sive, ut aliis verbis utar, de institutione heredis, qui, priore instituto remoto, ejus locum subeat, voceturque ad hereditatem. In substituendi voce igitur semper instituendi vis quidem inest, sed id quod vocamus: instituere ea conditione, ut primus heres remotus sit. Qua re non quaevis institutio est substitutio, sed ut contrariae species oppositae sunt et substitutio est nonnisi ea institutio, qua quis secundo loco heres instituitur. Quae res cum ita se habeat, certe, quotiescunque in testamento invenitur, postulat, ut qui primus heres institutus sit, removeatur.

Quodsi, substitutione militis, quae a jure communi abhorret, omissa, èas substitutiones contemplamur, quae universam hereditatem complectuntur, duo earum distinguenda sunt genera: vulgaris et pupillaris.

Quae quales sint, priusquam ad quasi pupillarem substitutionem transeam, paucis disserere mihi propositum est.

Vulgaris substitutio, cum heredis institutio sit secundi gradus, omnia praecepta, in institutione primi gradus de testamenti factione data, etiam in hac sunt observanda. Quare in testamento fiat necesse est. Namque si in codicillis esset facta, nullam haberet vim, aeque ac primi gradus institutio, quae in hisce esset. Sed non omnis quidem effectus ei denegandus est. Nam ut heredis institutio, in codicillis facta, valet in vim fideicommissi, ita substitutio in codicillis facta, eundem habet effectum, ut valeat in vim fideicommissi. Satis enim constat, testatorem hereditatem transferre voluisse ad substitutum, ideoque et heres ab intestato veniens hoc in casu hereditatem, Trebellianica deducta, ei, qui in codicillis substitutus est, tanquam fideicommissario restituere debet, haecque usu recepta est sententia[1]).

Substitutio vulgaris ex interpretatione illius duodecim tabularum praecepti proficiscitur: „Uti pater legassit, ita jus esto.“ Qui heredem instituere potest, etiam ei casui, ut hic non fiat heres, consulere poterit, quod simplicissime facit alio instituto, si primus vivo testatore moriatur. Et maxime quidem, lege Julia et Papia Poppaea data, substitutiones magis necessariae factae sunt, et, quia aliquem, qui capax non erat, sub capacitatis conditione instituere poterant, et si deficeret haec

---

[1]) Lauterbach. Collegium theoretico practicum pandectarum pars II. Tubing. 1706 ad librum 28. tit. VI. No. VII.

conditio, providere. — Lege Julia ergo coacti sunt Romani, substitutionibus uti, non tam in eum casum, si heres, cum fit delatio, non jam vivat, quam si hereditatem repudiet, sive amittat, ita ut ex lege Julia certe „non velle“ et „non posse“ eandem habeant vim. Unde sequitur, ut substitutio vulgaris intereat, cum heres primi gradus heres fit: suus heres, cum hereditate delata vivit, extraneus, cum adit: quamquam invicem substitutio reviviscit, si suus heres se abstinet, aut si extraneus quod attinet ad hereditatis aditionem in integrum restitutus est.

Saepenumero autem fit, ut haec substitutio vulgaris cum pupillari aut ex ipsis verbis, aut ex silentio conjuncta sit: si in hac paterfamilias impuberem sibi ipsi heredem instituit, quod apparet ex illis pandectarum:

„Jam hoc jure utimur ex Divi Marci et Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit“[2]), nisi forte aliud vult testator[3]). Quare non sine jure substitutionem vulgarem distinxerunt in expressam et tacitam: Expressa est, quae verbis fit expressis, tacita est, quae ex testatoris mente colligitur. Si igitur, ut ex multitudine exemplorum unum afferam, ita pater substituerit: „Titius meus heres esto, et si heres erit et intra pubertatem decesserit, Gajus esto,“ haec dispositio continet etiam casum vulgaris substitutionis, ita

---

[2]) l. 4 pr. (conf. § 2) l. 45 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6).
[3]) l. 4. C. de impub. et al. subst. (6, 26).

ut substitutio valeat, quamvis filius heres non existat, vel ante patrem decedat et tunc non quidem vi expressae pupillaris substitutionis, sed vi vulgaris tacitae substitutus admittitur ad hereditatem patris. Pater enim pupillariter filio substituens, duas hereditates et filii et suam substituto deferre voluisse censetur, ergo multo magis eisdem unam, suam scilicet hereditatem vi nimirum substitutionis vulgaris concedere voluisse praesumitur. Sic tacita vulgaris sub expressa pupillari latere atque contineri dicitur.

Pupillarem substitutionem, ad quam nunc transimus, et longe alio fonte exoriri, et alios esse, qui eam exercent, et aliud, ad quod pertinet, aliudque efficere, quam vulgarem, videmus. Nam cum vulgaris substitutio ex duodecim tabulis et facultate testandi, quam haec lex concedit, proficiscatur, pupillaris moribus introducta est[4]).

Pietati parentum consentaneum et utile erat, ut ii liberi, qui juventutis causa testari non possent, heredem testamentarium haberent, ne forte quis male meritus ad hereditatem pupilli perveniret.

Atqui quod attinet ad eum, qui poterat pupillariter substituere, is modo, qui patriam potestatem habebat, itaque et pater et avus et proavus, dummodo liberos in potestate haberent, substituere poterant, sed nonnisi pupillis nullique alii[5]). Cum igitur ii, qui habebant hoc modo substituendi facultatem, artioribus finibus inclusi

---

[4]) l. 2 pr. D. h. t. (28, 6).

[5]) l. 2. pr. D. h. t. (28, 6).

essent, contra quod attinet ad res, quas substitutio pupillaris amplectebatur, fines erant latiores. — Olim quidem paterfamilias — quod erat simplicissimum — secundum heredem in substituendo scribebat, id quod apud Ciceronem legimus in libro de inventione 2, 21: „immo pater scripsit heredem et secundum heredem non filio, sed sibi esse jussit[6]).“

Postquam vero peculia maximeque bona adventitia orta sunt, et filius familias sibi ipsi bona acquirere potuit, oportere visum est, etiam filio familias heredem institui posse.

Novum igitur in hac substitutione hoc erat, ut pater non suis bonis, sed bonis pupilli substitueret.

Denique haec substitutio alium habebat effectum, quam vulgaris et eum, ut haec desineret, ubi impubes pubes factus est. Huic ergo substitutioni dies adjectus erat. Ante Justinianum quidem in jure communi haec modo duo genera substitutionum statuta erant, quae in Pandectis commemorantur et tractantur sub titulo de vulgari et pupillari substitutione, itemque in Institutionibus, titulis duobus, quorum alter est de vulgari substitutione, alter de pupillari.

Praeterea autem saepe accidebat, ut parentes liberos haberent, qui aliis de causis, quam quod impuberes erant, testari non poterant atque ideo, quod muti, aut furiosi, vel mente capti erant[7]); hi, quia voluntatem

---

[6]) Conf. J. F. Hunger, Röm. Erbr. Erlang. 1834. § 87.

[7]) l. 6. § 1. D. qui testam. fac. possunt (28, 1). § 2 J. Quibus non est permissum (2, 12).

non habebant[8]), illi, quia voluntatem pronuntiare non poterant. — Qua re semper successio ab intestato fuisset, nisi parentes voluntatem liberorum supplere potuissent. Quod parentibus tale jus concedebatur, et auctoritate eorum nitebatur, quippequibus bonorum administratio commissa esset liberorum mente captorum[9]), et eo, ut, testamento non facto, hi liberi ab insidiis heredum defenderentur[10]). Si autem parentes successionem ab intestato excludere volebant, ut Unterholzner[11]) disertis verbis exponit, tres vias ire poterant: aut exheredatione bona mente, aut fideicommisso, aut privilegio ipsius principis.

Quod attinet ad primam rationem, vulgo testamentum, filio sine justa causa exheredato, injustum fiebat. Haec exheredatio, qua parentes liberis prodesse volebant, vim habebat, quippequam propter impietatem vituperare non possent[12]). Tertius igitur in ea heres instituebatur et ita, ut huic liberi alendi committerentur, id est, ut tertius ille iis omnia, quae ad vivendum necessaria essent, daret, aut statuendo, ut liberis, si reconvaluissent, bona redderet. Hac re quamvis id quod volebant consequerentur, tamen id inerat detrimenti, et ut liberorum salutem prorsus tertio committerent, et ut prohibere non possent, quominus in restitutione quarta

---

[8]) Conf. l. 40. D. de diversis regulis jur. (50, 17).

[9]) l. 7 pr. C. de curat. fur. vel prod. (5, 70).

[10]) § 3 J. de pup. subst. (2, 16).

[11]) Archiv für civilistische Praxis t. 2 p. 52 cf. Hunger l. c.

[12]) l. 16 § 2. de cur. furiosi et al. ext. min. st. (27, 10) l. 12 § 2. D. de bonis liberorum (38, 2).

Falcidia detraheretur. Huc accedebat, quod non commemorat Unterholzner, ut exheredatio nonnisi ad bona paterna pertineret, in bonis igitur filii semper etiam successio ab intestato esset.

Altera ratio erat haec: ut mente captum heredem instituerent, statuerentque, ut si moreretur insaniens, alii, quem pater designasset, bona fideicommissarie restituerentur. Neque vero hac ipsa re parens impedire poterat, quominus in restitutione hereditatis quarta Falcidia detracta heredibus ab intestato tribueretur. Praeterea, cum accederet, ut tantum de parentis bonis disponeretur, vulgo tertiam ingressi sunt viam, ut a principe speciali beneficio facultatem substituendi sibi pararent, id quod in l. 43 D. de vulgari et pupillari substitutione (28, 6) per Paulum compluribus verbis dictum est.

Ita se res habuit usque ad Justinianum. Sed cum hoc privilegium non semper assequerentur et principi difficile esset, melius atque aequius ei videbatur, statuere, ut jus, quod supra memoravimus, parentibus secundum ipsum jus regulare committeretur, id quod legimus et in l. 9 C. de impub. subst. (6, 26) ubi Justinianus:

„Humanitatis“ ait „intuitu parentibus indulgemus, ut si filium vel nepotem vel pronepotem cujuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos, vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus, vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum saperet, liceat iisdem parentibus, legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint, his substituere, ut occasione

hujusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, nulla querela contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset, vel si filii aut alii descendentes ex hujusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios, quam ex eo descendentes, unum vel certos vel omnes, substituere. Sin vero etiam alii liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum, unum vel certos vel omnes, eandem fieri substitutionem oportet." Dat. III Id. Decembr. Constantinop. Dv. Justiniano A. PP. II Cons. (528), et in § 1 J. de pupill. subst. (2, 16), ubi Justinianus:

„Qua ratione" inquit „excitati etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios vel nepotes vel pronepotes, cujuscunque sexus vel gradus, liceat iis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere; sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quae postquam pupillus adoleverit, infirmatur."

Quem locum Codicis maximarum controversiarum causam fuisse inter omnes constat. Atque de eo disputaverunt praeclarissimi et doctissimi viri omnium aetatum, sed hucusque ita inter se differunt, ut Sintenis[13]) ipse dicat, omne dubium non nisi per legislatorem solutum iri.

Meum erit, hic, quae hac de re dicta sint, compo-

---

[13]) Sintenis, Gemeines Civilrecht § 176 Nota.

nere, examinare, tum judicare, cui singulis in rebus assentiar.

§ 2.

Generaliter de indole atque nomine substitutionis quasi pupillaris agitur.

Quodsi quaerimus, quid l. 9 C. de impub. subst. constitutum sit: „Licere omnibus parentibus“ Donellus[1]) ait „liberis suis mente captis heredibus institutis et legitima portione eis relicta, substituere in secundum casum, si heredes fuerint et in eadem alienatione mentis decesserint, sed substituere solum liberos mente captorum, si quos illi habeant vel omnes vel unum, quod si mente captis neque liberi sint, neque fratres, tum licere substituere his quoslibet heredes.“ Huic substitutioni varia a juris consultis nomina data sunt: exemplaris, quia substitutio pupillaris quasi exemplar erat; quasi pupillaris, quia non multum differt ab illa. Substituitur enim illis, qui quoad testamenti factionem quasi pupilli sunt[2]). Vocatur etiam haec substitutio mente capti substitutio, quod pro mente captis eam fieri ex lege permissum erat, et alii vocant Justinianeam seu Justinianam, quoniam auctorem habet imperatorem Justinianum. — Quam quasi pupillarem substitutionem per totam Germaniam in usu fuisse expressis verbis confirmat

---

[1]) Hugonis Donelli commentarius de jure civili lib. VI. 1612. p. 276. cap. XXVII.

[2]) G. A. Struvii syntagm. jur. civ. pars II. p. 760. No. XXXII nota.

Lauterbach[3]) et Carpzow[4]), etiamque in Hollandia, cujus rei testis est Groenewegen[5]): qui quamquam dicit, quasi pupillarem substitutionem, ex exemplo pupillaris substitutionis institutam, in Hollandia in desuetudinem abiisse, tamen hoc ipso confirmat, antea ibi eam valuisse.

§ 3.

Quibus et a quibus quasi papillariter substitui potuerit?

Cum primum Codicis locum, quem supra memoravimus, examinamus, eo continetur, ut parentes liberis suis aut nepotibus quasi pupillariter substituere posse, si mente capti perpetuo sunt. Haec verba clare atque distincte nulli nisi mente capto substitui posse exprimunt. Verbo mente capti, ut opinor, et ii significantur, qui sine furore et ii, qui cum furore insaniunt. Et hos quidem furiosorum voce appellamus. Sunt igitur ii etiam mente capti, sed quo modo ad illos sese habeant, apparet, cum dicimus, genus esse mente captos, speciem furiosos[1]). Qua re dubitari non potest, quin etiam furiosis quasi pupillariter substitui permissum sit. Ii autem longius videntur ire, qui legem etiam in prodigos, quin etiam in eos, qui testamentum facere non

---

[3]) Lauterbach l, c. No. 35.

[4]) Carpzov, jurisprudentia Rom. Saxonica pars 3. const. VIII. definit. 13 seq.

[5]) Grönewegen, tractatus de legibus abrogatis Amstelodani p. 32.

[1]) Donellus l. c. p. 277.

poterant, prolatant in surdos et mutos, quorum, quamquam in lege nullam mentionem fieri constat, tamen diceres, sententiam hujus constitutionis etiam in eos extendendam esse, cum aeque ac mente capti testamentum facere non possent, et hic quoque illud: „ubi eadem ratio ibi eadem dispositio“ tenendum sit. Hoc maxime a Struvio, Voetio, Vinio, Hofackero[2]) dictum atque confirmatum est.

Quin etiam id in hac ipsa re adhiberi posset, nisi ageretur de jure singulari, quod est contra rationem juris communis, cum communiter testatori non sit permissum, ut tertio testamentum faciat et de ejus bonis disponat. Quod vetitum est duodecim tabulis[3]). Verba

---

[2]) Struvius l. c. p. 761. No. XXXIII. Nota 5. — Voet, Commentarius ad pandect. T. II. Coloniae Allobrogum 1769. p. 270. No. 27. — Vinii, in quatuor libros Institutionum commentarius Lugduni 1767. ad libr. II. Tit. XVI. p. 414. — Hofacker, principia jur. civ. Rom. Germanici. Tubing. 1800. § 1319.

[3]) l. 120 D. de vulg. subst. (50, 16) l. 13 C. de testam. et quemadm. (6, 23).

Strykius quoque (tractatus de caut. testam. Halae 1716 cap. 18 membrum III. §. V) pupillarem substitutionem nec in prodigos nec in mutos nec in surdos prolatari posse vult, quamquam hanc regulam nonnisi ad eum casum pertinere arbitratur, si hic certus morbus nominatim significatus sit. Si igitur testator his ipsis verbis „si in furore decesserit“ testatus sit, liberi autem, etiamsi sani facti essent, testari non posse, quia aut muti aut surdi aut prodigi essent declarati, substitutionem destitui, quia testator illud, quod supra memoravimus expressis verbis significaverit, et si hunc alterum casum praevidisset, aut de eo cogitasset, haud dubie eodem modo disposuisset.

ipsa Codicis hic summam vim habent nec minorem locus Institutionum, quorum uterque unice agit de mente captis.

Constitutionem nonam non in ejusmodi similes casus prolatari posse, etiam ex pupillari substitutione liquet, quippequae data esset, quia impuberes testamentum facere non poterant. Nec vero quisquam ante constitutionem datam hoc in liberos puberes mente captos protulisset. — Accedit, quod et surdi et muti etiamque naturaliter surdi iidemque muti ex novo jure testari possunt, qua re ostenditur, re vera etiam hodie nullam fuisse causam, quasi pupillaris substitutionis etiam in hos proferendae. Ex jure antiquo hoc quidem fieri non potuit[4]), ideoque in l. 43[5]) mentionem factam esse invenimus ipsorum naturaliter surdorum itemque mutorum, qui ita eruditi sunt, ut verbis et litteris, quid sentiant atque velint, dicere possint, hac facultate causae cognitione probata[6]). Deinde si ascendentibus jus esset concessum, prodigis substituendi, hoc aperte illi rei contradiceret, quam, cum quisquam prodigus declararetur, consequi volebant. Nam illa re heredibus ab intestato prodigorum bona servare volebant, quod nullo modo factum esset, si cuivis ascendentium esset concessum, pro iis testamentum facere. Haec sententia a me defensa etiam multis hujus aetatis jurisconsultis

---

[4]) Ulpian. in fr. XX. § 13; l. 6. § 1 D. qui testam. fac. poss. (28, 1) l. 7. eodem.

[5]) l. 43. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6).

[6]) Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht t. 2. § 463. No. 7.

probatur[7]). Mente captum autem perpetuo mente captum esse oportet, id est ita, ut dilucida intervalla non sint; tum enim ipse sibi testamentum facere potest et cum deficiat causa substitutionis, haec ipsa destituitur. Quod illo quoque loco Codicis expressis verbis dicitur: „Si resipuerit, substitutionem cessare.“ De hac quaestione in ea paragrapho, in qua agemus de exitu quasi pupillaris substitutionis pluribus verbis disserere nobis propositum est.

Rosshirt[8]) quidem furiosis etiam, si dilucida intervalla sint, et tum demum quasi pupillariter sustitui non posse vult, si illi in ipsis intervallis testamentum fecerunt. Sed eum in errore versari ego equidem arbitror. Nam illo loco contrarium mihi videtur dictum. Agitur ibi de perpetuo mente capto atque expresse commemoratur, substitutionem, si resipuerit, sive resipuerint, cessare. Quo modo autem substitutio, quae jam cessavit, reviviscere potest? Id nonne contradicit illi regulae: „testamentum semel ruptum semper ruptum?“ Contra hanc rem Rosshirt dicet, dilucidum intervallum non esse „resipiscere“: at tunc non est dilucidum intervallum, si in furioso furoris signa non apparent, sed tum demum, si a morbo re vera liberatus est. Unde sequitur, ut tum certe resipuisse insaniens, quamvis ad tempus, dici possit.

---

7) Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civ. R. t. II. München 1828. § 465; Schweppe, Röm. Priv. R. Göttingen 1833. t. 5. § 813. p. 115; Sintenis l. c.; Thibaut, System des Pand. R. t. II. Jena 1828. § 703 ad 2; a Löhr, Archiv für civilist. Praxis t. V. p. 105 seq. t. IX. p. 99 seq.

8) Das testamentarische Erbrecht. Heidelberg 1840. t. I. § 74.

Nihil autem differt, utrum liberi in patria potestate sint, an emancipati, utrum masculi an feminae[9]), primine an secundi gradus; nam hujus constitutionis fundamentum est non patria potestas, sed humanitas et cura erga liberos, et eadem est in omnibus ascendentibus. Atque ex vocabulo: „etsi puberes" apparet, impuberibus mente captis quoque quasi pupillariter substitui posse, quamquam illa constitutio de liberis mente captis generaliter agit, nec certum aetatis terminum constituit. Dici quidem potest, parentibus licere, impuberibus substituere pupillariter, sed haec substitutio pupillaris, ubi primum liberi puberes facti sunt, cessat.

Nepotibus quoque quasi pupillariter substitui potest, et, ut ceteros omittam, omnibus liberis mente captis, quibus partem legitimam poscere licet, quod illo loco

---

[9]) Hoc exprimitur in inferiore legis parte, ubi dicitur, *qui* vel *quae*, atque testa*tor* vel testa*trix*.

Nostra aetate a Loehr, vir doctissimus (Archiv für civilistische Praxis t. V. p. 115 seq.) dixit, Justinianum imperatorem lege 7. Cod. de curat. furiosi (5, 70) anno quingentesimo tricesimo p. Ch. n. hanc constitutionem mutasse. Accuratissime hunc locum interpretatus a Loehr, eo contineri censet, quemque furiosum, quamvis legata et fideicommissa sibi acquirere et transmittere possit, tamen delatam hereditatem nonnisi ipso jure, id est *sui* heredis nomine sibi acquirere posse. Quare furioso ab iis modo ascendentibus quasi pupillariter substitui posse, qui eum in patria potestate haberent, in quovis alio furioso substitutionem quasi pupillarem esse vulgarem. Tum modo, cum furioso pars legitima quasi legatum data sit, omnia in priore statu manere. — Quod sequitur tantum ex illo errore a Loehr, substitutionem quasi pupillarem non nisi ad ea bona, quae ab substituentibus veniant, pertinere, quam ad rem postea redibo.

dictum est verbis: „legitima iis relicta"; id est omnibus, qui non per intercedentes personas a legitima impediuntur. Quae res cum ita se habeat, naturalibus liberis substituere non poterant pater paternive ascendentes, sed sola mater.

Quodsi alii ascendentes quasi pupillariter substituerunt, quam qui legitimam relinquant a Vangerow[10]) vir doctissimus censet, substitutionem quasi pupillarem tum vulgarem judicandam esse. Quod ita non esse arbitror; nam legibus iis modo ascendentibus jus quasi pupillariter substituendi conceditur, a quibus legitima relinquenda sit. Huic conditioni nisi sufficiendum esse voluissent leges, conditionem non attulissent. — Neque vero id dubitari potest, liberos parentibus insanis quasi pupillariter substituere non posse, quod et indecorum esset, et legibus quae exstant, non statuitur. Postremo pupillaris substitutio exemplar est quasi pupillaris illaque nihil continetur, quo illud comprobetur. Cui rei non obstat, filium bona patris furiosi administrare, quia nihil commune habet administratio bonorum cum facultate testamenti faciendi. Nam et curator bona administrat prodigi, et tamen non potest pro eo testamentum facere[11]). Hanc rem omisissem, nisi Jason (ad verba l. 43 D 26, 6) summo cum ardore defendisset atque contendisset, cum dicit: filium posse exemplariter substituere patri furioso,

---

10) v. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten. Marburg 1854. § 456. p. 217. (t. II).

11) Voet l. c. p. 270. No. 28; Ottonis thesaurus juris Rom. Trajecti ad Rhenum 1733. t. IV. p. 754; Zasii opera Lugduni 1550. t. II. p. 253. No. 29.

quia pater demens eodem modo se habeat ad filium sanum, quo se filius furiosus ad patrem sobrium. Ergo ubi paritas rationis, ibi paritas dispositionis legum intervenisse censetur. Quod eo quod supra de hac re dixi reprobasse mihi videor. Substitutio exemplaris specialiter est indulta parentibus, ergo non est extendenda ad alias personas, legibus non expressas. Inde sequitur, ut nec frater pro fratre furioso aut mente capto, nec cognatus pro cognato exemplariter substituere possit.

Denique accedimus ad quaestionem, num mater liberis primi matrimonii, cum secundum matrimonium iniverit, quasi pupillariter substituere possit. Id jus ei non concessum esse arbitror, cum l. 22. C. de admin. tut. (5, 37) administratio bonorum filii ei non detur, tutrixque liberorum primi matrimonii esse non possit. Et dispositio bonorum ei concessam esse putas? Minime vero. An non ratio poenarum secundarum nuptiarum, qnae velit prohibere, quominus alteri viro cum liberorum primi matrimonii detrimento bona tribuantur, in quasi pupillari substitutione est adhibenda? Nam si contrarium statutum esse putares, matri ipsi permissum esset, etiam bona furiosi, nisi liberi seu fratres germani vel uterini furiosi exstent, alteri viro tribuere, cognatisque furiosi detrahere.

§ 4.

Num substituens testamentum sibi facere debeat?

De forma quasi pupillaris substitutionis, itaque de hac quaestione locus Codicis, quem jam saepius memoravimus, nihil clari certique statuit. Tenenda igitur

sunt verba illa: quasi pupillarem substitutionem ad exemplum pupillaris institutam esse atque ex analogia illud, quod hac in paragrapho quaeramus, declarandum est. Hinc profectis nobis dicendum est, testamentum substituentem fecisse oportere. Namque in pupillari substitutione pater prius heredem sibi scribere, postea liberis testamentum facere debet. Quae lex exstat et tenenda est, nisi forte universa substitutio destituitur. Patris testamentum principale est, ex quo pupillare quasi pars et sequela vires sumit, et ita, ut si patris testamentum non valet, etiam testamentum filii nullam habeat vim[1]. — Quare etiam in quasi pupillari substitutione judicandum est, parenti, qui substituit, testamentum sibi faciendum esse, quod comprobatum mihi videtur verbis legis nonae, qua constituitur, ut substituens furioso legitimam partem relinquat. Nec minorem vim habet l. 7. § 1 Cod. de curat. furiosi vel prodigi (5, 70), qua Justinianus: Sin autem „inquit“ parentes ab hac luce decedere contigerit, nostra constitutio quam promulgavimus, de his quae in testamento furioso relinquenda sunt, vel substitutione eorum in suo rubore permaneat; unde apparet: Justinianum etiam in priore constitutione i. e. nona testamentum faciendum significaverit[2]. Errant igitur Wening et a Loehr[3], qui existi-

[1]) § 5. J. de pup. subst. (2, 16) l. 20 pr. § 1 D. h. t. (28, 6).

[2]) Dueffer, dissertatio de l. 9 C. de impub. subst. (6, 26) in den juristischen Dissertationen von Halle. Jahrgang 1848. §. II. Lauterbach l. c. No. XLIII. Donellus l. c. p. 263 et p. 276. Voet l. c. §. 31 et 32. Otto l. c. p. 758.

[3]) a Loehr l. c. t. V. p. 105 seq.

mant, parentem, etiamsi ab intestato moriatur, quasi pupillarem substitutionem facere posse, nec legitimam relinquendam poscere, ut testamentum exstet, quippequae etiam in codicillis relinqui possit. A Loehr hac in re substitutionem militis affert, in qua item primum testamentum extare opus non sit. Hoc quidem rectum est[4]); sed quonam jure a Loehr in quasi pupillarem substitutionem, de qua agimus, normam substitutionis militis adhibet? In universo jure hereditario nulla fere exstat regula, qua non liberatum sit militis testamentum. Expresso igitur argumento non dato, id quod a Loehr vult, probari nobis non potest; argumenta autem ei difficilia sunt allatu, nam Justinianus nihil dicit de analogia cum testamento militis, sed citat pupillarem substitutionem.

§ 5.

Quis substituendus sit, quaeritur?

Cum in pupillari substitutione parenti jus concedatur, cujusque substituendi, utrum cognatus impuberis sit nec ne, in quasi pupillari substitutione parens certis quibusdam finibus inclusus est. Illo Institutionum loco dicitur „certas personas" a parentibus substituendas esse: quod quidem „certi" vocabulum constitutione nona clarius atque distinctius ita determinatur, ut si furiosi filios vel alios descendentes, qui sapientes sint, habeant, primos hos ipsos substituendos esse et quidem vel unum, vel certos, vel omnes. His vero deficientibus parentes ad

[4]) l. 2 § 1 D. h. t. (28, 6) l. 41 § 41 § 5 D. de testam. militis (29, 1).

nullas alias personas adstringuntur, sed omnes alii substitui possunt, ita ut vitricus a matre recte substituatur.

Quo quid significetur, facile est intellectu. Nam descendentes furiosi sunt ii, qui a furioso geniti sunt. Cum constitutione filii et descendentes distinguuntur, eo dictum est, quoniam filii sunt liberi primi gradus, alios quoque descendentes furiosi, id est nepotes ceterosque, qui ex his descendant, substitui posse, utrum sui juris sint, nec ne, sive virilis, sive feminini sexus; semper autem ea praesumptione, ut sint sanae mentis neque eodem morbo laborent. Sed ad liberos naturales ea lex mea quidem sententia non pertinet, cum Justinianus ascendentium libertatem substituendi non minuerit, nisi quia rationem habebat de jure hereditario cognatorum ab intestato, quos enumerat. Sed id jus hereditarium, quod liberis ex concubinatu genitis, deficientibus uxore et legitimis liberis, conceditur, vix jus hereditarium ab intestato esse judicari potest.

Neque dubitari potest, quin etiam in quasi pupillari substitutione, ut alias, legitimis liberis legitimati et ii, qui ex putativo matrimonio geniti sunt aequiparandi. Et idem jus habent liberi ex sponsis geniti secundum hodiernum fori usum, legitimis sponsalibus factis, quae nonnisi mortuo, vel injusta causa recusante sponso inania facta sunt.

Deficientibus liberis sanis furiosi lege statuitur, ut testator vel testatrix ad fratres furiosorum recurrat eosque substituat. Hac re quid Justinianus voluerit, ex ratione, qua antea easdem personas significavit, dubium fieri potest. Dicitur enim, parentibus tunc ex suis sanis

liberis, quem substituant, deligendum esse. Qua re fratrum ratio habenda videtur non nisi liberi testatorum sunt, qua de causa, ut sileam de germanis, patri consanguineum, matri uterinum negligere non licet[1]); pater autem substituens uterinis, mater substituens consanguineis vitricum praeferre potest.

Neque tamen verba, sed quid velint verba, tenendum mihi videtur. Nam quod deinde postulat, ut ii, quos secundo loco substituunt, et fratres furiosi, et liberi substituentis sint, non habet vim, quia fratres furiosi non eodem tempore liberi avi aut proavi esse possunt. Gravissimum est verbum „fratris" sed vox „liberorum testatoris vel testatricis" vaga judicanda est. Neque enim putabis, Justinianum ipsis parentibus officium imposuisse, fratres mente capti respicere, quod in remotioribus ascendentibus non postulat, quoniam cognatio cum furioso neque vero cognatio cum testatore vim habere judicanda sit. Fratrum autem appellatione hoc loco etiam sorores continere necesse est[2]).

Ex numero autem descendentium fratrumve furiosorum vel unus, vel certi, vel omnes substituendi sunt, id est, licet complures exstent, unum tantum substitui necesse est. Verba illa „vel unum, vel certos, vel omnes" facultatem significant, unum ex liberis *vel* certos substituendi, id est, esse in potestate testatoris, non omnes instituere. Neque exigitur, ut qui non instituuntur, ex-

---

[1]) Carpzow, jurisprudentia Rom. Saxonica t. III. const. VIII. definitio 15.

[2]) Argum. 38 D. fam. hercisc. (10, 2).

heredentur, nam exigere, ut non exheredentur, nihil aliud est, quam exigere, ut instituantur.

Quae facultas etiam inde sequitur, quod Justinianus in superiore illius constitutionis parte de pluribus filiis et descendentibus loquitur, in inferiore testatorem ex eorum numero vel unum vel certos vel omnes substituere debere dicit.

Quod videtur Voetio[3]) ego quidem nullo modo possum probare. Hic enim vult, ut si unus est, hic unus, sin complures, hi omnes substituendi sint. — Mirum est, quod ascendentium mentio non fit. Iis igitur semper extraneus praeferri potest, quod quidem durum est, sed lex statuit.

§ 6.

Num etiam liberis exheredatis quasi pupillariter substitui possit, quaeritur?

Constitutione illa clare atque aperte dicit Justinianus, legitimam portionem mente captis relinquendam esse, quam regulam exprimit ablativis absolutis „legitima eis relicta.“ Quam constructionem cum alia periodo mutare si vis, dices, significare eam: „*si* portio legitima relicta *est.*“ Si igitur parentes portionem legitimam liberis reliquerunt, legi Justinianeae satis factum est et substitutio valebit; si autem legitima non relicta est, substitutio non valebit, nam id quod sub certa conditione concessum est, destituitur sub contraria conditione. Si igitur ascendentes, neglecta conditione, furioso quasi

---

[3]) Voet l. c. § 32.

pupillariter substituerunt, jus illicitum sibi arrogarunt et substitutio, ex hoc jure arrogata, pro non scripta judicatur.

Qua re longius procedentibus nobis dicendum est, si minus quam legitima relictum sit, substitutionem item non valere, quoniam legitima non relicta est, quod lex postulat. Si lex aliquid fieri jubet, idque intermitti vetat, proinde si contra factum erit, non valet quod actum est, tanquam contra legem factum[1]).

Contra id, quod sentimus, multi juris consulti repugnant[2]). Ii enim existimant, quasi pupillarem substitutionem si legitima non relicta sit, adeo non esse nullius momenti, ut ex novella 115, neque vero sine causa, furiosum exheredari liceat.

Nam si furioso ingratitudo quaedam, quam quidem ante furorem commisisse eum oporteat, affigi possit, exheredari eum licere. Item quasi pupillarem substitutionem non cessare, si minus quam legitima esset relictum; tum enim non sine causa ad condictionem ex lege 30 C. de inoff. test. (3, 28) posse recurri. Quibus respondendum esse puto, has regulas adhibendas esse, nisi Justi-

---

[1]) l. 5 C. de legibus et constit. princ. et edictis (1, 14). conf. Sintenis l. c. Wening § 465. Hoepfner, Commentar über die Heineccischen Institutionen von Weber. Frankfurt a. M. 1818. § 509 nota. Voet l. c. no. 30. Puchta l. c. § 479 ad 3. Donell l. c. p. 277 et 278. Otto l. c. Zasius l. c. p. 253. al. 28. Dueffer l. c. § III. Unterholzner, Archiv für civilistische Praxis. t. II. p. 105 seq.

[2]) Thibaut l. c. § 703. no. 3. Lauterbach l. c. no. XLIII. Strykii tractatus de cautelis testamentorum. Halae 1703. cap. 18. membrum 2. p. 693 seq. Vinius l. c. p. 415.

nianus legitimae in constitutione illa mentionem fecisset. Hoc vero aperte dilucideque facit et lex stricte, ut relinquatur, postulat. Quonam autem jure distinctam legis regulam negligere possumus?

§ 7.

Num iis, qui legitimam a furioso poscere possunt, ea etiam relinquenda sit, quaeritur?

Postquam in superiore paragrapho vidimus, substituentem ex numero heredum ab intestato atque etiam necessariorum unum tantum heredem instituere posse, nunc age quaeramus, nonne substituentem iis, quibus legitima debetur, eam relinquere oporteat. Quod quo facilius dijudicetur, leges pupillaris substitutionis hac in re nobis examinandae sunt.— Secundum jus antiquum neque heres necessarius parentis neque filii impuberis inofficiosi agere poterat, si paterfamilias in pupillari substitutione eum praeteriit; ille, quia substitutio erat testamentum de hereditate filii, cujus ipse heres necessarius non erat, hic, quia parens et non filius ipse testamentum fecerat. Impubes igitur, cum non respiceretur, quippequi testamenti factionem non haberet, nulli legitimam relinquere debebat et cum hoc non esset officium, nemini inofficiosi agere licebat. Neque patris erat, necessariis filii heredibus legitimam relinquere. Atqui cum ipsius, cui debetur legitima, jus nonnisi ex testatoris persona pendeat, et eo modo, quo se ad hunc habeat, dijudicandum sit, pater eum, qui filii legitimam

postulare potest, respiciat non oportet, quia pro ipso postulare non potest[1]).

Dici quidem in l. 8. § 5 D de inoff. testam. (5, 2) videtur, si is, qui ab impubere filio itemque a patre legitimam poscere potest, actione inofficiosi testamentum patris rescindit, tunc ne pupillare quidem testamentum valere. Sed hoc ita intelligendum est, ut frater impuberis, et in patris et in pupilli testamento exheredatus vel praeteritus, patris testamento impugnato, jus suum obtineat: cum vero una cum patris testamento etiam pupillare testamentum rumpatur, in bona pupilli ab intestato succedi necesse est, eaque de re frater impuberis bona ejus capit.

Quae res cum ita se habeat, dici non potest, heredem ab intestato ipsum patris cum testamentum querela inofficiosi oppugnare possit, etiam pupillare testamentum posse[2]).

Idem fere huc usque de iis, qui legitimam postulare possunt, in substitutione quasi pupillari respiciendis plurimi jurisconsulti senserunt, quibus quoad jus ante novellam 115 spectant, assentior. Quasi pupillaris enim substitutio ad exemplum pupillaris introducta est et

---

[1]) l. 8. § 5 D. de inoff. testam. (5, 2): Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc facit; et ita Papinianus respondit; nec patris frater, quia filii testamentum est, ergo nec frater impuberis si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi si pro parte patris hoc rescissum est, tunc enim pupillare valet.

[2]) Hofacker l. c. §. 1314. Donell l. c. cap. XXV. p. 270. Strykius l. c. membrum 2. § XVI.

in hac querela inofficiosi testamenti pupillorum ascendentibus fratribusque, ne loquar de impuberis liberis denegata est, qua re idem in quasi pupillari tenendum est. Itaque ante novellam 115 ii qui a furioso legitimam petere poterant, hic eam postulare mihi non debuisse videntur.

Aliter autem res se habet post novellam 115. Cujus rei causa est, quod ex pandectarum regulis atque ante novellam 115 testamentum impugnari non poterat, nisi ex calore insaniae testatoris. Quae vituperatio eo nitebatur, quod testator artissimo pietatis vinculo cum ipso conjunctos non respexerat, eosque fortasse calamitati paupertatique objecerat. Quod vero tum dici non potest, si ut hic, alius quam is, cui bona sunt, de iis testatur, cum ii qui legitimam postulare possunt ab hoc, non possint ab illo poscere, atque ipse eorum rationem habere non debeat.

Post novellam 115 testamentum erat legitimum ea modo conditione, ut nisi erat justa causa exheredationis, et ascendentibus et descendentibus et interdum etiam fratribus legitima relinqueretur; cui regulae etiam ascendens, qui substituit, obsequeretur necesse erat. De ipsis eorum bonis tantum agebatur, quae iis, qui legitimam poscere poterant, propter cognationem postulare licebat, quod jus dispositione quadam patris iis detrahi non poterat. Eadem autem ratione ductis nobis dicendum est, hoc jus iis cum nullius tertii dispositione mortis causa facta, tum non per ascendentem patris detrahi potuisse[3]).

[3]) Concedendum quidem est in pupillari substitutione etiam nunc matrem pupilli praeteriri posse atque ita, ut inofficiosum

Sed ut jam supra diximus, fieri potest, ut liberi exheredentur, quod justa causa allata novella 115 conceditur. Talem autem causam ex ingratitudine impuberis exortam, contra furiosum commissam esse oportere manifestum est[4]).

Quis autem, cum legitimam postulare posset, praeteritus vel sine justa causa exheredatus erat, ei, ut opinor, in quasi pupillari substitutione et contra eam remedium ex novella datum erat, quod erat nova actio ex lege, qua testamentum ascendentis impugnabatur. Si minus quam legitima relicta erat, actio suppletoria fiebat, qua postulabatur, ut quae deficerent supplerentur.

Denique placet, quid Franke[5]), qui multis verbis de hac quaestione agit, censeat, paucis disserere atque examinare. Is enim ex l. 9 C cit. ergo ex jure, quod erat ante novellam, regulam: „ut occasione hujusmodi" etc., cum in prima tantum parte illius loci data sit,

---

testamentum dicere ei non liceat; quod probatur jure canonico (c. 1. in fine de testamentis in 6to. [3,11]): „Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest; nam testamentum hujusmodi pupillare paternum vel paterni pars potius est censendum." Neque tamen haec regula in alias causas transferri potest. Jus autem canonicum postea non modo non semper adhibitum, sed etiam derogatum ei esse ostendit Carpzow (l. c. const. VIII. definitio 1) cum dicit: In Saxoniae electoratu mater per substitutionem filio factam a petitione legitimae nunquam excluditur.

[4]) conf. nov. 115. c. 3.

[5]) Franke, Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Götting. 1831. § 36.

nonnisi in eum casum adhiberi posse, quem haec pars respiciat, arbitratur. Dicit enim, hanc partem agere de eo casu, quo sani descendentes substituti non essent, sed tantum ascendentes; iis querelam esse ablatam; altera parte, qua Justinianus constituit, ut sani vel fratres vel liberi mente capti substituantur, querelam exclusam esse non dici, et cum re vera legitimae detractio aequitati repugnare videatur, existimandum esse, sanos fratres et liberos furiosi legitimam accipere oportuisse, et eo magis, quod contrarium quominus a Justiniano significatum arbitremur, primis loci verbis „humanitatis intuitu“ impediamur. Humanitatem esse loci Codicis fundamentum, per quam ipsam liberos negligi non licet.

Quod argumentum nullo modo strictum esse, quis est quin intelligat? Nam illud: „ut occasione“ etc. in prima quidem loci parte est, sed inter regulas, quae pro quavis quasi pupillari substitutione datae sunt. Regulae autem grammaticae et interpretationis vetant, illam regulam et medio contextu verborum sumi, et in unum certum casum substitutionis quasi pupillaris adhiberi. Et quod attinet ad humanitatem, hanc ex eo apparere puto, quod Justinianus expresse statuit, ut primi cognati mente capti sint respiciendi et tum demum extranei accedi liceat.

Muehlenbruchio[6]), ad quem nunc venimus, quamquam idem ac nobis videtur quod attinet ad tempus ante novellam 115 datam, hac tamen jus antiquum non commutatum esse existimat atque ideo, quod lex specialis

---

[6]) Glück's Erläuterungen der Pandecten t. 41. p. 4 seq.

lege generali tolli non possit, nisi expresse statutum sit, aut ex iis quae dicta sunt necessario sequatur. Quod non valere arbitror, nisi l. 9 C cit. quae lex specialis est, expressis verbis statuisset, necesse non esse, ut legitima relinquatur.

Strykio (l. c. § XVI), quamquam plurimis in rebus assentior, tamen ille in eo longius videtur procedere, quod omnes vult liberos esse substituendos, aut ipsis querelam inofficiosi testamenti competere. — Sententiam, quam ego secutus sum, defenderunt Puchta, Hoepfner, Voet[7]).

§ 8.

Utrum quasi pupillari substitutione substituentis bona solum, an bona propria quoque mente capti contineantur?

Omnibus aetatibus constabat inter juris consultos, quasi pupillarem substitutionem exemplo pupillaris introductam idemque valuisse, nec minus late patuisse. Censebant enim, substituentem ut in pupillari substitutione, ita in quasi pupillari jus habere, non solum de iis bonis, quae mente capto relinquerent, sed etiam de propriis hujus bonis posse disponere. Ac ne loquar de juris quodam consulto superioris aetatis, de quo infra agam, nostra demum aetate huic rei repugnantes plures existimaverunt, substituentem nonnisi de suis bonis testari, ita ut quasi pupillaris substitutio vulgaris, aliquam in partem mutata, i. e. fideicommissaria putanda esset.

---

[7]) Puchta l. c. § 479 ad 4. Hoepfner l. c. § 509. Voet l. c. § 31 et 32.

Qua re, quamquam usus fori non est mutatus, tamen delectat, dijudicare, utrum juste an injuste communis opinio ita judicaverit, ut judicavit.

Diversis inter se opinionibus comparatis, facere non possum quin existimem, communem opinionem clare atque distincte iis, quae Codicis loco continentur, defendi et communem interpretationem re vera rectam esse.

Nisi enim ita sese res haberet, Justiniani constitutione nihil nisi fideicommissaria institutio data esset, qua jam ante constitutionem nonam datam uti omnibus licuit; qua de causa novam institutionem dare opus non fuisset. Novum enim in eo tantum constitisset, quod Justinianus concessisset, ut portioni legitimae fideicommissum imponeretur, quod usque eo non licuerat. — Atqui si res ita se haberet, Justinianus loqui non potuisset de querela, utpotequae testamentum significet et in successione ab intestato, quae hoc casu de ceteris mente capti bonis fieri oportebat, locum habere non possit. Profecto multo simplicius fuisset, si Justinianus hoc institutum in regulis de legitima portione datis, nec vero conjunctum cum pupillari substitutione attulisset. Cur etiam Justinianus hac de re in Institutionibus eodemque in titulo retulit? — Quae res etiam ostenditur atque confirmatur eo, quod Justinianus expresse statuit, ut is ascendens, qui jus quasi pupillariter substituendi adhibet, mente capto portionem legitimam relinquat, quod absurdum esset, si Justinianus voluisset, quasi pupillarem substitutionem ad substituentis ipsius bona solum pertinere; namque manifestum est, ascendentem mente capto aliquid relinquere oportere, ut sint bona, in quae substitutus succedat.

Huc accedit, quod Justinianus exemplum pupillaris substitutionis affert.

Ii quidem, qui huic opinioni repugnant, arbitrantur, verba quae loco illo dicuntur: „ad exemplum pupillaris“ ita intelligenda esse, ut cum iis, quae sequantur „querela nulla oriatur“ conjungenda sint, cum ea mea quidem sententia non huc, sed ad „substitutionis“ verbum, quod praecedit, trahenda sint. — Sunt etiam alia, quibus ostenditur, quasi pupillarem substitutionem ex pupillari esse ortam. Neque enim in Codice solum Institutionibusque cum pupillari connexa est, sed etiam Institutionibus expresse dicitur, quasi pupillarem substitutionem ad exemplum pupillaris institutam esse: „Liceat iis etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere[1].“ Ut igitur antea impuberi, ita nunc ad exemplum pupillaris mente capto ab omnibus ascendentibus substituitur. Nonne etiam ea, quibus ille Institutionum locus incipit: „Qua ratione“ directe pupillarem substitutionem indicant, cum verba: „Moribus institutum est, ut cum ejus aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant“ sequuntur. Etiamsi enim Institutionum, ubi manifeste Codicis verba perperam referunt, ratio habenda non est, tamen non repudianda sunt, ubi Codicem declarant, vel cum eo consentiunt. Afferuntur loci et Ante- et Post-Justinianei, ut verba dubia declarentur et haec via nobis hic, ubi de vocibus imperatoris, institutum per ipsum creatum tractantibus, claudatur? Quid absurdius cogitari

[1]) § 1. J. de pup. subst. (2, 16).

potest? Et „substituere liberis," quod parentibus licet, propria heredis institutionis est vox; qua in re nihil interest, unde bona veniant; itaque etiam exheredato impuberi pupillariter substitui non potest[2]). Neque negligendum est, hunc Codicis locum arte conjunctum esse cum l. 43 D l. c. (28, 6). — Hunc locum gravium contentionum causam non fuisse, re vera fere omnes confitentur; maxime vero in eo consentiunt omnes, concessionem, illo loco ab imperatore factam, jus dare plane ad exemplum pupillaris muto substituendi. Neque dubium est, quin puberi muto alii quoque, qui testari non possunt, aequiparandi sint, atque etiam mente capti et eo magis, cum in casibus singulis princeps ipse judicet, qui in dando privilegio summam habet licentiam. Igitur id quod de muto est dictum, etiam in mente capto adhiberi potest. Vult autem Paulus in principis voluntate interpretanda analogia legum et aequitate esse utendum, atque eo modo quae essent incerta et ambigua dijudicanda esse. Inde sequi, ut, quo modo pupillaris substitutio una cum pubertate, ita illud privilegium cum refecta valetudine evanescat. Ex quo concludendum videtur, ut cum pupillaris substitutio ad omnia bona pertineat, ita et substitutionem privilegio tributam et res substituentis et propria liberorum bona amplecti debere. Ceterum de vi l. 43 l. c. dubitari non potest, quia, si putares, substitutionem quam commemorat, nonnisi ad substituentis bona pertinere, re vera nullo modo intelligi posset, qua de causa parens imperatoris per-

---

[2]) l. 1. § 2. l. 2. § 1 et 2. D. de vulg. et pub. subst. (28, 6).

missionem peteret, cum id quod volebat, etiam alio modo assequi posset. Quodsi l. 43 hunc habere effectum negari non potest, quo tandem jure C. 9, quae tam arte cum l. 43 conjuncta sit, angustioribus finibus includimus?

Hic quamquam non accedit causa ex juris historia sumta, patria potestas, ex qua de omnibus impuberis bonis disponere licebat, tamen paullatim pro illa commodum liberorum primum cepit locum, quo iis heres testamentarius instituebatur. Quare dici potest, antiquum jus etiam tum mansisse, cum patria potestas non jam causa esset. Quod autem substituendis heredibus substituentis voluntas intra certos terminos coercetur, non est quod existimemus, in aliis quoque rebus artioribus finibus eam inclusam fuisse, imperatorem igitur constituere, novam substitutionem vulgari in hac aut illa re esse similem, non vero utramque ex iisdem rationibus judicandam. Immo dicendum potius mihi videtur, imperatorem hac re legem pupillaris substitutionis, quae esset durissima, mitigare voluisse et ob id ipsum illud statuisse.

Satis demonstrasse mihi videor, quasi pupillari cum pupillari substitutione paritatem quandam rationis et universae naturae et analogiam esse. — Idem volunt Sintenis, Rosshirt, Wening, Hoepfner, Franke, Muehlenbruch, Voet, Lauterbach, Hofacker, Donellus, Otto, Dueffer, Thibaut[3]).

---

[3]) Sintenis l. c. § 176. Roſshirt l. c. § 74. p. 394 seq. Wening l. c. § 465. Höpfner l. c. § 509. Franke l. c. Glueck l. c. t. 40. p. 481 seq. t. 41. p. 1 seq. Voet l. c. § 33. Lauterbach l. c. § 1321. Donell l. c. p. 276 seq. Dueffer l. c. § 1. Otto l. c. § 758. Thibaut, Archiv für civilistische Praxis t. V. p. 337 seq.

Cum denique, ut ad eos transeam, qui huic opinioni repugnant, restet, antea commemorandum videtur, quod jam supra attigimus, numerum eorum nostra demum aetate aliquam in partem auctum esse.

Ac primus quidem haud scio an sit Raph. Fulgosius, qui in commentario ad Codicem ad hunc titulum conscripto: „censeo, inquit, illam substitutionem similem militari, ut per substitutionem fiat heres substituentis." Quod refutatum mihi videtur iis, quae supra de hac re disserui, fieri non posse, ut militaris substitutionis ex-

---

Nec minus Thibaut (Archiv für civilistische Praxis t. V. p. 337. t. X. p. 217 seq.) ut jam dixi, id quod volumus, defendit et ita ut dicat, pupillarem substitutionem maxime liberorum utilitatis causa institutam, ut iis praesidio esset. Qui enim testamento non facto moriatur, eum avaritiae atque insidiis heredum ab intestato objectum et in magna calamitate esse, nisi sese tueri possit, ut sit in impubere; eamque ob causam patrifamilias summam potestatem in pupillari substitutione datam esse. Etiam heredes necessarios praeterire (l. 9. § 5 D. de inoffic. testam. [5, 2]) et testamentum aperiri ante liberos mortuos vetare ei licuisse (Gaii II, 181). Eas autem rationes ad quasi pupillarem substitutionem quoque convenire. — Sin haec ad substituentis tantum bona pertineret, pristinum periculum quoad portionem ab intestato non sublatum esse. — Quam causam, etsi non infitior, apud Justinianum aliquam vim habuisse, tamen omnem, ut opinor, non habet, cum hac de re nihil in illo loco datum sit, etiamsi Gaius l. c. et Justinianus (§ 3 J. [2, 16]) dicunt, testatorem illud documentum, quo substitutio contineretur, singulatim resignare posse, ut quae inessent laterent, neve pupillari substitutione publicata, quid detrementi accideret. Ceterum avaritia et morum corruptela tum cum substitutio pupillaris institueretur non ita magnae erant (conf. Vangerow l. c.).

emplum afferatur, cum omni fere ratione testamentum militis est aliquid extraordinarii.

Ex iis, qui secuti nominandi sunt a Loehr, Unterholzner, Vangerow[4]), qui omnes in eo consentiunt, quod quasi pupillaris substitutio in certis solum quibusdam rebus: in excludenda querela ejusque finiendae causis pupillari similis sit; in opinione autem, quam ego secutus sum, causae civilis, id est patriae potestatis rationem nullam esse habitam, denique ex ea iniquitates et in certis casibus difficultates inextricabiles oriri arbitrantur. Et causam quidem civilem, ut jam supra memoravi, patriam potestatem hic deesse concedo. Sed cum illi dicunt, aequitatem nihil aliud postulare, atque ut substituens de suis solum bonis disponat, respondendum est, aequitatis rationem eandem in pupillari substitutione, atque in quasi pupillari subesse. Deinde cum Vangerow id quod volumus durius et difficilius, quam quod intelligi possit, esse censet, commovetur duobus casibus, qui hic accidere possunt, quos in libro suo affert. Ac primum quidem ponit mente capto, cui sit et consanguineus et uterinus frater, a matre esse substitutum et substitutum quidem fratrem uterinum. Quodsi bona furiosi a patre venirent, iniquum esse, matri licere, omnia bona, praeterito filio consanguineo, tribuere uterino. Tum proponit, furioso, cujus bona a patre profecta sint, fratrem consanguineum esse: quo casu matri substituenti licere, sua sponte quemlibet huic furioso substituere, cum patrem, si velit substituere, fra-

4) a Loehr l. c. t. IX. p. 99. Unterholzner l. c. § 3. Puchta l. c. § 479. Vangerow l. c.

trem consanguineum substituere oporteat. Hoc autem absurdum existimat, illum parentem majore cum licentia de furiosi bonis disponere posse, quam eum, a quo bona profecta sint.

Sed quamquam tales casus existere posse concedendum est, tamen ut illi sententiae assentiar, animum inducere non possum, cum Justinianus in illa lege ferenda ordinarias res respexisse, neque extraordinariarum rationem habuisse mihi videatur. Praeterea et hic repetendum est, verba Justiniani, testatori secundo loco suos liberos substituendos esse, premere non licere, immo vero sub iis, qui secundo loco sunt substituendi fratres omnes atque etiam consanguineos et uterinos intelligendos esse, id quod etiam Sintenis affert.

Neque illud praetermittendum est, quod Vangerow, si tot in opinione communi iniquitates inesse censet, in pupillari substitutione plures invenire debet, ubi pater ne descendentium et fratrum quidem impuberis rationem habeat necesse sit, quamquam pater de omnibus bonis impuberis disponere potest.

Unterholzner autem praeter rationes, quae ei cum ceteris communes sunt, etiam hoc affert, furiosum, si pupillaris substitutio ad omnia bona pertineret eamque ob causam furiosi testamentum neque vero fideicommissum substituentis esset, cum plures substituerint, pluribus de ipsius rebus factis testamentis moriatur necesse esse, id autem nullo modo fieri posse et contra principia juris repugnare. Qua de re in sequente paragrapho agam, ex qua apperebit, etiam, si tenemus opinionem nostram, illud effici nullo modo oportere.

De eo quod a Loehrio videtur, lege 7 C. de curat. furiosi et prodigi (5, 70) facta, quasi pupillarem substitutionem nisi pro furioso *suo* fieri non posse, jam supra diximus.

§ 9.

Quo modo res se habeat, si plures concurrunt quasi pupillares substitutiones, quaeritur?

Jam supra vidimus, quasi pupillarem substitutionem ab omnibus ascendentibus, patriae potestatis ratione non habita, proficisci posse; unde sequitur, ut, si mente captus eodem tempore habeat patrem, matrem, avum aviam, unusquisque illi heredem quasi pupillariter substituere possit. At quid, si omnes substituere velint? si omnes testamentum dementi condiderint? Ad hanc quaestionem, cum locus Codicis non responderet, accidit, ut inter jurisconsultos variae ad difficultatem tollendam viae inirentur, quarum tres potissimum commemorandae sunt.

Antiquissima opinio, quam plurimi secuti sunt, vult, ut variae substitutiones simul consistant, ac si in uno testamento essent institutae. Haec opinio eo nititur, quod cum alias plures coheredes admittantur, consentancum esse, idem tum etiam fieri, cum pluribus de iisdem bonis jure disponere liceat. Qua in re nihil referre, unde profecta sint bona, ita, ut et a matre substitutus et a patre tantundem ex hereditate percipiant, licet hic multa, illa pauca reliquerit. Quam rationem durissimam et non sine causa iniquam appellari posse, quis est, quin intelligat? Quare immutata est illa opinio

et maxime a Hoepfnero, Schottio, Voetio, Lauterbachio, Hofackero[1]), qui bona substituentis ab ipso substitutum praecipere, bona autem propria mente capti aequaliter omnibus substitutis esse distribuenda existimant. Quod vero cum cogat, ut existimemus, quemquam pluribus testamentis mori posse, quod per leges nisi militibus non permittitur[2]), probari mihi non potest.

Alii, in quibus appellandi sunt Sintenis, Goeschen, Stryk, Muehlenbruch[3]) arbitrantur, substitutiones ita inter se conjunctas esse, ut si concurrunt propior ascendens et remotior, hujus substitutio vim non habeat, nisi ad bona ab ipso profecta, cum substitutio propioris ad omnia pertineat. — Quod quidem magis legi aptum videtur esse; nam facultas heredis alicui instituendi est jus, quod ad personas pertinet. Cumque omnes ascendentes jus substituendi habeant et plures concurrant, alter alteri cedere debet et patri quidem mater, huic paternus avus, huic maternus etc. Inde si redimus ad quaestionem nostram, sequitur, ut omnes substitutiones eandem vim habeant, quam heredis institutiones, et quisque substitutus certe substituentis bona accipiat, ut vero de eo, quod restat, primus pater, secunda mater, ceteri deinceps ascendentes disponant. Bini testatores una

---

[1]) Hoepfner l. c. § 509. Schott, Unpartheische Kritik über die neuesten juristischen Schriften. t. 6. p. 233 seq. Voet l. c. § 33. Lauterbach l. c. no. XXXV. Hofacker l. c. § 1318.

[2]) l. 19 pr. D. de testam. mil. (29, 1).

[3]) Sintenis l. c. § 176. Goeschen, Vorlesungen über Civilrecht § 849. Strykius l. c. membrum III. § IX. Muehlenbruch in Glueck's Erl. d. Pandecten. t. 41. p. 28.

sunt persona, quae coheredes diversis partibus instituit[4]). Huic vero opinioni idem repugnat, quod de priore dixi. Praeterea sub jure personae nihil nisi patria potestas intelligi potest, quam pater solus, aut proximus quisque paternus ascendens habet, atque ita quidem, ut liberi non ex patria potestate missi, non emancipati sint[5]).

Restat, ut eos afferam, qui unam omnino substitutionem vim habere censent, id quod ego quidem unum rectum esse existimo. Nam si conceditur, neminem cum pluribus testamentis decedere posse, concludendum est, plures substitutiones, cum quaeque pro testamento furiosi habenda sit, simul exstare non posse. Quaeritur autem, quae praeferenda sit?

Vidimus, quasi pupillaris substitutionis lege inducenda imperatorem id egisse, ut bona mente capti aliquam in partem ita ordinaret, ut non tam parentibus, quam liberis et familiae utile esset. Aliud imperatorem egisse non existimo, immo id tantum statuere voluisse, ut non modo patri, sed etiam matri et avo et aviae ceterisque ascendentibus pro liberis furiosis testamento disponere liceret. Neque glossatores ante Azonem (in summa ad Codicem) de eo casu, quo parentes et avi substituentes concurrunt, loquuntur, quod mihi quidem recte videtur factum esse, quia jus ascendentibus non

---

[4]) Glueck l. c. t. 41. p. 28 seq.

[5]) Thibautio (System des Pandectenrechts. Jena 1828. t. II. § 703) fere idem videtur, sed patris substitutionem quoad omnia bona ceteris praeferri vult, si simul pro pupillari substitutione haberi possit.

concurrens, sed quasi in subsidium datum esset, ita ut remotior a propriore quoque ascendente excluderetur. Si igitur pater in testamento quasi pupillariter substituerat, per se patebat, matrem vel remotiores ascendentes idem facturos non esse, cum pater hoc jure non esset usus, tum solum idem etiam matri aut remotioribus ascendentibus licebat. Justinianus nihil egit, nisi ut hoc jus non solum patri competeret, ne bona mente capti, si pater jure non usus esset, ita se haberent, acsi jus illud omnino non exstaret. Quamobrem unamquamque substitutionem a remotioribus ascendentibus profectam nisi ea conditione, si proprior non substituerit, hoc est in subsidium, non valere existimo. Quare proximus ascendens de universis bonis liberorum substituit, neque de iis tantum, quae ab ipso profecta sunt, aut de bonis liberorum, verum etiam de bonis ascendentis, qui item liberis substituit, quia hujus substitutio subsidiaria tantum esse potest. Per patrem matrem, per hanc avum, aviamque excludi non solum naturae congruit, sed etiam hujus rei exempla exstant in jure civili, veluti officium dotationis, quod patri prius incumbit, quam matri, itemque Justinianus in legitima agnatorum tutela, quae nullo aut sexus aut gradus discrimine conceditur, rem ordinavit, cum dicit in nov. 118 c. 5 „Sancimus enim, ut unusquisque eo gradu et ordine, quo ad hereditatem vel solus, vel cum aliis vocatur, etiam munus tutelae suscipiat, neque ulla differentia neque hac in parte ex jure agnationis aut cognationis introducatur, sed omnibus similiter ad tutelam vocentur, cum ii, qui per masculos, tum ii, qui per feminas impuberi-

bus junguntur. Haec autem dicimus, si masculi et perfectae aetatis sint et nulla lege tutelam suscipere prohibeantur, neque excusatione sibi competente utantur. Mulieres enim etiam nos tutelae munus subire prohibemus, nisi mater vel avia sit. His enim solis secundum ordinem hereditatis etiam tutelam suscipere permittimus, si apud acta et secundis nuptiis et beneficio SCti Vellejani renunciaverint. Haec enim si observent, omnibus cognatis ex latere ad tutelam praeferentur, testamentariis solum tutoribus eas praecedentibus."

Eandem fere opinionem defenderunt Donellus, Rosshirt, Dueffer[6]). Ac Donellus[7]) quidem existimat, si a parentibus aut ascendente, qui mente captum in potestate habeat, substituatur, hujus judicium praeferendum esse; aequum enim esse, ut ei plus concedatur, in quem concurrunt sanguinis et civilia potestatis jura[8]). „Sin omnes, ait, qui dementi substituerunt, jure potestatis pares sint, quia nemo mente captum in potestate habeat, tum rationem facere, ut judicium patris materno et qui propiores sint gradu, praeferantur remotioribus, nisi quod admodum sit in conditione patris, cur is praeferri non debeat, quod judici aestimandum erit.

Atque etiam Haimberger[9]) in eo nobis assentitur, quod unam tantum substitutionem valere posse existimat. Neque vero eum praeferendum esse vult, qui pro-

---

[6]) Donellus l. c. p. 277. Rosshirt l. c. p. 395 seq. Dueffer l. c. § IV.

[7]) Donellus l. c. p. 277.

[8]) § 2. J. de adopt. (1, 11).

[9]) Haimberger Archiv f. civilistische Praxis t. XII. p. 254.

ximus sit ascendens, sed eum, qui ultimus substituit. In hac vero opinione rationem non esse, hic quem nunc affero casus demonstrabit: Pater cum mente capto quasi pupillariter substituerit decem annis ante decessum furiosi moritur, duobus annis post mater ejus, postquam mente capto quasi pupillariter substituit, decedit; item avus, qui substituit, duobus annis post et proavus restat, qui et ipse mente capto quasi pupillariter substituit, tum igitur testamentum tantum hujus remotissimi ascendentis ceteris exclusis vim habet[10])?

[10]) Hoc loco commemorandum mihi videtur, quae forma huic instituto usu forensi datum sit? Usu enim fori hae quaestiones: num substitutio pertineat ad omnia bona, et quaenam regulae in concursu substituentium observandae sint, dijudicatae sunt. Jurisconsulti enim inde ex extrema media aetate exemplum pupillaris substitutionis allatum eo dilatarunt, ut quasi pupillaris substitutio re vera heredis institutio pro mente capto sit, qua non solum de bonis substituentis, sed de universis bonis disponitur (Puchta l.c. § 479 et Gewohnheitsrecht t. II. Erlangen 1828. p. 68 -- 79. Sintenis l. c. § 176. Glueck l. c. t. 41. p. 10 seq.). Perperam Voetius (commentarius ad Pandectas 28, 6. c. 33) dicit: Moribus sane hodiernis, sive pater, sive mater exemplarem fecerit substitutionem, sive ambo simul, nil praeter bona a substituente profecta ad substitutum devolvitur, ita ut rogatus videatur filius furiosus ex fideicommisso paternam maternamve hereditatem substituto constituere, quemadmodum testator quilibet heredem quemlibet sive furiosum, sive sanae mentis hominem institutum rogare potest, ut hereditatem suam alteri restituat post mortem suam. Neque ultra substitutio exemplaris videtur in usu mansisse.

Altera quaestio communi doctorum opinione ita dijudicata est, ut in concursu bona uniuscujusque substituentis in quemque ab ipso substitutum transeant, et id quod restat inter omnes distribuatur (Voet l. c. § 33. Otto l. c. p. 755).

§ 10.

Variae substitutiones quibus rebus inter se differant, quaeritur?

Quamquam supra vidimus, quasi pupillarem substitutionem pupillari similem et ad exemplum ejus introductam esse, omniaque quae in pupillari substitutione de vi substitutionis, de voluntate substituendi et de quaestione, cui, quando, unde deferatur constituuntur, etiam in quasi pupillari valere, tamen nonnullis rebus inter se differunt. Cum autem Codicis locum ejusque regulas comparamus cum iis, quae de pupillari substitutione dicta sunt, haec fere de ratione inter utramque substitutionem intercedente statui possunt.

Inveniuntur autem et similitudines et differentiae tam in personis, quibus substituitur et quibus facultas substituendi est, quam in conditionibus, sub quibus substitui licet, quae qualia sint videamus:

Et in utraque quidem parentibus vel ascendentibus concessum est, liberis ita substituere, ut eadem conditione decesserint, quae causa substitutionis fuerat. Deinde in utraque is, qui substituit, est ascendens ejus, cui substituitur postulaturque, ut liberi, mortuo ascendente, sui juris fiant. Et hoc quidem, ut jam supra exposuimus, inde sequitur, quod utraque substitutio testamentum mente capti vel impuberis est, itaque iis tantum substitui potest, qui impedimento sublato re vera testamentum facere possunt. Hi vero sui juris sint necesse est, nam ii qui sunt in potestate alterius, testamentum habere

non possunt[1]), ita ut matris substitutio vim non habeat, si mortua ea pater mente capti adhuc vivat, et si hic in illius potestate sit.

Etiam in utraque substitutione poscitur, ut substituens primum sibi testamentum faciat, cum parenti a suo testamento incipiendum sit, ex quo solo substitutio pendet[2]).

Efficiunt autem idem, cum utraque et ad substituentis et ejus, cui substituitur bona pertineat[3]).

Differentiae autem hae sunt: Pupillari substitutione postulantur liberi impuberes sanae mentis, in quasi pupillari liberi etiam puberes esse possunt, sed mente capti. — Deinde impuberem in patria potestate substituentis esse necesse est, cum quasi pupillariter substituere omnibus mente capti ascendentibus utriusque sexus permittitur[4]). Tum etiam exheredatis impuberibus pupillariter substitui potest, in quasi pupillari substitutione statutum est, ut portio legitima mente capto relinquatur[5]). Denique quasi pupillari substitutione poscitur, ut certae personae substituantur, cum pupillariter mater quemlibet substituere potest[6]).

Restat, ut videamus, num aliquam in partem quasi pupillaris substitutio vulgari contineatur et vice versa.

Et omnes quidem, quas commemoravimus substitu-

---

[1]) l. 11 C. qui testam. fac. pos. (6, 22).

[2]) conf. § 4. l. 2. § 4 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6).

[3]) conf. § 8.

[4]) conf. § 3.

[5]) conf. § 6.

[6]) conf. § 5.

tiones, a multis juris consultis dividuntur in simplicem et duplicem, expressam et tacitam.

Et quoad substitutionem quasi pupillarem simplex est ea, quae constituitur ita: „Si filius non convaluerit, Titius heres esto.“ Duplex autem ea, quae et vulgarem et hanc substitutionem comprehendit: „Filius heres esto; si heres non erit, et antequam resipuerit, decedat, Titius heres esto.“ Crebro autem fit, ut quasi pupillaris substitutio cum pupillari conjungatur. „Si filius infra pubertatem decesserit, vel deinceps in furore usque in diem mortis perseveraverit, Titius esto[7]).“

Praeterea locuti sunt, ut memoravimus, de expressa et tacita, et expressam eam esse voluerunt, quae fit verbis expressis, cum tacita ex voluntate testatoris eruenda sit. Id quamvis falsum existimari non possit, quoniam substitutio voluntatis declaratio est eaque tacite aut expressis verbis fieri potest, tamen eorum opinionem non probo, qui dicunt, tacitam quasi pupillarem substitutionem vulgari vel pupillari contineri.

Struvius maxime et Strykius[8]) id probare conantur, cum contendunt, si pater impuberi substituat, hoc ideo fieri, quia ille testamentum facere non possit. Quodsi impubes sit furiosus eique a patre substituatur, huic substitutioni vim tribuendam esse, etiam postquam filius ad pubertatem pervenerit, insaniens autem decesserit, quoniam etiam tunc testamentum facere non possit. Existimandum enim esse, patrem utrique casui, et si

---

[7]) Otto l. c. p. 753.

[8]) Struvius l. c. p. 761. no. XXXIII. Strykius l. c. cap. 18. membr. 12. conf. Wening l. c. § 468.

filius intra impubertatem et si in furore decesserit, providisse.

Quos errare puto, atque hoc statuendum esse, quasi pupillarem substitutionem majorem, vulgarem vel pupillarem minorem esse, et cum minus quidem in majore, neque vero unquam majus in minore esse possit[9]), vulgarem vel pupillarem substitutionem quasi pupillari, non quasi pupillarem pupillari vel vulgari contineri posse.

§ 11.

Quo modo quasi pupillaris substitutio finiatur, quaeritur?

Ea quidem, quae quasi pupillari substitutioni cum pupillari communia sunt, jam supra attigimus. Hic juvat ea afferre, quibus haec modo quasi pupillaris substitutio finiatur. Ac primum quidem, cum Codicis vel Institutionum locum respiciamus, in utroque quasi pupillaris substitutio tum cessare dicitur, cum mente captus, cui substitutum est, resipuerit. De hoc vocabulo „Resipiscere“ autem maxime juris consulti inter sese dissenserunt. Quamquam enim in eo omnes consentiunt, quod, si sana mens perpetuo redierit, quasi pupillaris substitutio exspiraverit, sive mente captus in hoc statu testamentum fecit, sive non fecit[1]). Quid autem, si ad tempus cesset furor, et infirmitas ingenii redeat, num etiam substitutio reviviscit? Multi voluerunt, substitutionem

---

[9]) Lauterbach l. c. c. XXXVI.

[1]) Sintenis l. c. § 176 ad 6.

exemplarem hoc casu non extingui, si mente captus eo tempore testamentum non fecerit. Quamvis enim interim ille testamentum condere potuerit, quia tamen non fecerit, praesumi, ab eo approbatam esse substitutionem antea factam. Sed eadem ratione contrarium mihi probari videtur posse, quoniam recte dicitur, mente captum, sana mente recepta, cum, sciens valetudine refecta paternum testamentum ipso jure rumpi, testamentum non condiderit, videri, heredibus ab intestato liberam successionem relinquere voluisse[2]). Alii autem illam opinionem exemplo pupillaris substitutionis confirmare voluerunt, quae ut valeret, impuberem et in testamento faciendo et decedente patre in patria potestate fuisse oportere, sed ita, ut impedimento non sit, si medio tempore ex patria potestate exierit[3]). — Quod argumentum falsum esse existimo, cum inter omnes constet, pupillarem substitutionem permanere, etiamsi impubes arrogatione ex patria potestate exivit[4]).

Quid dicam de Zasio[5]), qui existimat, si furor cessaverit, alio autem morbo huic simili ille afficiatur, si

---

[2]) Strykius l. c. § XXI.

[3]) Idem significant Vinii et Donelli opiniones (Vinius l. c. p. 415. Donell l. c. p. 278), ex quibus testamentum patris, sanitate a filio recepta ruptum, tum reviviscit, cum filius mente captus decesserit, quae est conditio substitutionis; nam si ad tempus resipuerit, dici non posse, mente captum efficaciter resipuisse. Ut enim haec substitutio vim habeat, satis esse, filium esse mente captum duobus temporibus: et quo pater substituerit, et quo moriatur, nec medium tempus obstare.

[4]) Puchta, Vorlesungen l. c. § 478.

[5]) Zasii opera Lugduni 1550. t. 2. p. 255. no. 33.

mutus, prodigus, surdus fiat, etiam tum substitutionem vim retinere? Quod nostra opinione, qua fieri non potest, ut quasi pupillaris substitutio in similes casus extendatur, omni modo repudiandum est atque eo magis, quod Zasius ne minima quidem suae sententiae argumenta affert.

Ceterum his contrariis opinionibus obstat lex, qua simpliciter statuitur, ut si postea, id est post substitutionem resipuerit mente captus, talis substitutio cesset, ita ut nihil nisi „resipuisse" postuletur. Hoc vero nonne etiam tunc factum est, cum mente captus ad tempus modo sanae mentis fit? testamentum igitur vel substitutio eo, quod resipuerit ille, rumpitur, et si postea reviviscere substitutionem primam existimares, juris hereditarii regulam violares, qua dicitur: „testamentum semel ruptum, semper ruptum." Immo vero ratio juris postulat, ut dispositio testamentaria pro tertio vim habere tum desinat, cum hic heredem instituere potest, quod fit, ubi mente captus sanus factus est. Qua in re nihil refert, utrum mente captus suo jure usus sit, nec ne. Quicunque igitur aliud contenderunt, id ad libidinem suam, non rationem egisse mihi videntur[6]).

Altera causa, qua quasi pupillaris substitutio tollatur, agnatio posthumi affertur, quam juris consulti, paucis praetereuntes, fere probarunt[7]). Quibus quamquam in

---

[6]) Conf. ad hanc § Voet l. c. no. 34. Struvius l. c. p. 765. no. XXXVIII. Hellfeld, jurisprudentia forensis § 1456. Puchta l. c. § 479 ad 5. Thibaut l. c. § 703 ad 5.

[7]) Sintenis l. c. § 176. Voet l. c. § 34. Dueffer l. c. § V.

plurimis rebus assentior, tamen hanc regulam interdum mutari posse existimo. Atque primum argumentum, quo vulgo hanc opinionem esse rectam ostendunt, ego quoque probo. Vidimus enim locum Codicis arte cum l. 43 D de vulgari et pup. subst. (28, 6) conjunctum esse, et aliquam in partem ex eadem, et non sine causa, declarari posse. Quo loco agitur de privilegio parenti muti dato, statuiturque, ut cum imperator privilegium dederit, illi autem suus heres sit natus, substitutio cesset. Jure igitur ac merito haec regula in nostra constitutione retinetur, qua illud privilegium, quod attinet ad mente captos, in formam legis conversum est. Vidimus autem, ex pluribus mente capti descendentibus unum tantum substitui debere. Quae regula nimirum etiam hic observanda est, ita ut nobis dicendum sit, agnatione quidem posthumi substitutionem posse rumpi, neque vero secundum legem nonam C. de impub. subst. (6, 26) eo casu, cum antea alius mente capti descendens institutus est. Descendente instituto, cum legi Codicis satis factum sit, agnatio posthumi mente capti testamentum, vel substitutionem ascendentis non mutat. Neque enim ante nov. 115 opus erat, ut ii, qui legitimam petere poterant a mente capto, eam acciperent, post novellam autem, nisi justa causa exheredationis intercedebat, hoc semper fieri oportebat. Id si in nostram quaestionem adhibemus, dicendum est, ante novellam datam posthumum mente capti, aliis ejusdem descendentibus substitutis, nunquam substitutionem irritam facere potuisse, sed post novellam agnatione posthumi tum esse ruptam, cum posthumo legitima non esset relicta.

Aliter res se habuit, cum ascendenti, qui substituerat posthumus praeteritus nascebatur; tum, ut opinor, fieri non potuit, quin ascendentis testamentum rumperetur, et cum substitutio quasi pupillaris pars et sequela testamenti ascendentis esset, etiam substitutio destitueretur[8]).

---

[8]) Roſshirt l. c. § 74 i. f.

VITA.

Halis, quod est oppidum Guestphaliae provinciae natus a. d. XIII Id. Jul. a. MDCCCXXXVII patre Carolo, matre Amalia e gente de Kessel, evangelicaeque confessioni addictus, ego Wernerus Otto Meinhardus Vogelsang, cum primis litterarum elementis instructus essem, adii quinto decimo anno aetatis Gymnasium Joachimicum, in quo usque ad annum MDCCCLVIII permansi. Hoc autem anno gymnasium Fridericum Werderanum ingressus, a quo anno MDCCCLIX ad academica studia dimissus sum. Ac primum quidem, juris universi disciplinae operam daturus, Heidelbergam me contuli, qua in universitate doctores viros clarissimos Goldschmidtium, Mittermeierum, Mohlium, Vangerowium potissimum secutus sum.

Deinde anno ibi peracto Berolini in studia juris incubui ducibus professoribus hisce:

Bernero, Gneistio, Hefftero, Heydemannio, Homeyero, Stahlio, Trendelenburgio, Kuehnsio,

quibus omnibus viris, de me egregie meritis, gratias ago quam maximas.

Anno autem MDCCCLXII examine pro Auscultatura, anno MDCCCLXIII pro Referendariatu perfunctus sum.

THESES.

1. Praecepta juris canonici de dote non ad jus Romanum spectant, sed juris Germanici sunt.
2. Universitas personarum delinquere non potest.
3. Vetere Germanorum jure heredem facta ejus, in cujus bona successit, praestare oportuit.
4. Omnium criminum conatus mitius puniendus est, quam delictum consummatum.
5. § 32 introductionis ad jus commune Borussicum non obstat, quin tota hereditas secundum domicilii jus defuncti ordinetur.
6. Lex Bajuvariorum et Alamannorum non a Carolo Martello obtrusa est.